

As penas cominadas aos crimes sexuais sob a ótica do princípio da proporcionalidade das penas

The penalties for sexual offenses from the point of view of the principle of proportionality of sentences

Amanda de Queiróz Borges

Aluna do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: amandaqborges@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo central analisar as penas cominadas aos crimes sexuais à luz do Princípio da Proporcionalidade das Penas, notadamente aquelas previstas nos artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro após o advento da Lei nº 12.015/09, que inovou ao unir em tais artigos a conduta consistente na prática da conjunção carnal e as condutas que antes eram previstas no crime denominado “atentado violento ao pudor”. O Princípio da Proporcionalidade das Penas disciplina que os excessos devem ser proibidos, uma vez que as punições devem ser proporcionais, adequadas e necessárias. Nesse cenário, surgiram divergências quanto à proporcionalidade da pena mínima cominada aos citados crimes, principalmente quando da ocorrência de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, objeto deste estudo.

Palavras-chave: Estupro. Estupro de Vulnerável. Princípio da Proporcionalidade das Penas. Dignidade sexual. Atos Libidinosos.

Abstract: The main objective of this study is to analyze the penalties for sexual crimes related to the Principle of Proportionality of Penalties, especially those provided for in articles 213 and 217-A of the Brazilian Penal Code after the advent of Law 12,015 / 09, which innovated by joining in these articles, the consistent conduct in the practice of the carnal conjunction and the conduct that was previously foreseen in the crime called "Indecent assault.". The Principle of Proportionality of Penalties informs that excesses should be prohibited, since punishments must be proportional, appropriate and necessary. In this scenario, disagreements arose as to proportionality of the minimum sentence related to the aforementioned crimes, especially when the occurrence of libidinous acts other than the carnal conjunction, object of this study.

Keywords: Rape. Rape of Vulnerable. Principle of Proportionality of Penalties. Sexual Dignity. Libidinous Acts.

1 Considerações iniciais

Tendo como plano de fundo as modificações trazidas pela Lei nº 12.015/09, no decorrer do presente trabalho, serão analisadas as condutas e penas previstas aos crimes sexuais sob a ótica do Princípio da Proporcionalidade das Penas, limitando-se aos tipos penais previstos nos artigos 213 e 217-A, ambos do Código Penal Brasileiro, devido a estes trazerem em seu preceito primário duas condutas diversas que são punidas com o mesmo rigor. A análise consistirá em tais tipos em virtude da infinidade de condutas que podem ser enquadradas como outros atos libidinosos e por existir no

cenário jurídico discussões no tocante à punição dessas condutas, antes previstas em tipo penal autônomo, qual seja, 214 do Código Penal Brasileiro, denominado outrora “atentado violento ao pudor”.

No que tange a doutrina e a jurisprudência, há intensa divergência quanto à proporcionalidade da pena quando da ocorrência de atos libidinosos de menor gravidade, alvo da investigação.

Cumprido ressaltar que, a fim de delimitar a abrangência do trabalho, não serão analisados os demais tipos penais que versam sobre crimes contra a dignidade sexual, nem mesmo a retroatividade da lei mais benéfica e a ação penal adequada nesses casos, uma vez que a proposta é analisar a proporcionalidade das penas e as divergências existentes após a continuidade típico-normativa trazida pela Lei nº 12.015/09, o que ocorreu nos artigos 213 e 217-A, do Código Penal Brasileiro.

Destaque-se que o tipo de pesquisa adotado para a realização do presente trabalho será o teórico, tendo como principais métodos de pesquisa a revisão bibliográfica por meio de levantamento em doutrinas e monografias nacionais, com a finalidade de encontrar os diferentes posicionamentos sobre o tema nessas produções literárias, bem como a análise documental, por meio de consulta à jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, como forma de perquirir qual é o posicionamento dos Tribunais sobre o tema.

2 Contexto histórico

Desde 1940, o atual Código Penal Brasileiro, editado pelo Decreto Lei nº 2.848, sofreu alterações significativas em seu texto original. A parte geral do citado Código foi totalmente revogada pela Lei nº 7.209/84, porém a parte especial está em vigor até os dias atuais, tendo sido alvo de inúmeras modificações.

A necessidade de reformas ocorreu na medida em que a sociedade evoluía e mudava seus conceitos sobre o lícito e o ilícito, uma vez que o que antes era considerado crime passou a ser aceito pela sociedade ou tratado em outras áreas distintas do Direito Penal.

No que tange aos crimes sexuais, as mudanças no modo de pensar e agir da sociedade eram evidentes e as reformas na legislação foram reflexos dessa evolução. A sociedade do século XXI, moderna e tecnológica, tinha novos anseios e preocupações – como a luta contra a exploração infantil e o crime organizado; diferentes daqueles da sociedade conservadora que vivia na época da edição do citado código. Em 1940, buscava-se a tutela da moral, costumes e pudor, protegia-se a mulher virgem (ou “mulher honesta”, como era chamada na época), havia distinção no tratamento entre homens e mulheres e pretendiam tipificar condutas que levassem as pessoas a terem um comportamento sexual de acordo com os padrões daquele contexto histórico.

Em março de 2005, a Lei nº 11.106, revogou os tipos penais que disciplinavam o adultério, o rapto e a sedução, condutas estas que não poderiam mais ser disciplinadas na seara penal, tendo em vista os princípios da *Ultima Ratio* e da Adequação Social. As condutas antes disciplinadas no revogado tipo penal denominado “tráfico de mulheres” foram tipificadas como “tráfico interno de pessoas” e “tráfico internacional de pessoas”,

evidenciando a mudança do foco da proteção da mulher para o indivíduo, independente do sexo, bem como a necessidade de coibir o crime organizado.

Embora as novidades legislativas trazidas pela Lei nº 11.106/05 tenham sido oportunas e essenciais, havia a necessidade de uma reforma ainda maior. Dessa forma, por meio de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, foi criado o projeto de lei nº 253/2004, que resultou na edição da Lei nº 12.015/09.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, os “Crimes Contra os Costumes” sofreram profundas modificações, tanto na denominação – intitulados agora como “Crimes Contra a Dignidade Sexual” – quanto nos tipos penais.

Há muito, a nomenclatura “Crimes Contra os Costumes” era inadequada e a doutrina era unânime em entender que seria necessário alterá-la, uma vez que os costumes não poderiam ser o foco da tutela penal. Nesse aspecto, Mirabete e Fabbrini (2012, p. 388) dissertam que “a nova denominação dada ao título VI – ‘Dos crimes contra a dignidade sexual’ –, embora não seja isenta de críticas, tem o mérito de evidenciar o deslocamento do objeto central de tutela da esfera da moralidade pública para a do indivíduo”.

A dignidade sexual é espécie do gênero dignidade da pessoa humana e, de acordo com Nucci (2012), diz respeito à íntima e privada vida sexual do indivíduo, e, por isso, só caberá ingerência do Estado para coibir atuações violentas contra adultos ou agressivas à formação de crianças e jovens.

Quanto às alterações nos tipos penais, pode-se destacar a junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, que, a partir de uma continuidade típico-normativa, hoje são disciplinados sob o *nomen juris* “estupro”, quando ocorre mediante violência ou grave ameaça, ou “estupro de vulnerável”, nos casos em que a lei reconhece a vulnerabilidade da vítima por estarem presentes determinados requisitos. Por conseguinte, o artigo 224 do Código Penal, que tratava sobre a presunção de vulnerabilidade, foi revogado.

Ademais, a citada lei trouxe novas causas de aumento de pena, disciplinou a natureza da ação penal, revogou tipos penais e tipificou novas condutas, trazendo uma verdadeira revolução no que tange aos crimes sexuais.

3 A punição dos crimes de estupro e estupro de vulnerável no contexto atual

O crime de estupro está tipificado no artigo 213, do Código Penal Brasileiro, e possui como bem jurídico tutelado a liberdade sexual. Tal tipo penal visa coibir a prática de relações sexuais não consentidas, uma vez que, para ser caracterizado o delito, a conjunção carnal ou os outros atos libidinosos devem ocorrer mediante violência ou grave ameaça. A reprimenda prevista no preceito secundário deste artigo é a de reclusão de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

Confira-se o dispositivo legal:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos

Embora o crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, também tipifique a prática de conjunção carnal e de outros atos libidinosos, estes não precisam ocorrer necessariamente mediante violência ou grave ameaça para que o crime reste caracterizado, sendo imprescindível, entretanto, que a vítima seja vulnerável.

De acordo com a redação do artigo de lei, vulnerável é todo aquele menor de 14 (quatorze) anos bem como aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o discernimento necessário para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência – como nos casos de embriaguez completa, sono, hipnose, efeito de anestesia, entre outros.

Quanto aos menores de 14 (quatorze) anos, havia divergências se o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro restaria configurado nos casos em que a vítima consentia com a relação sexual, possuía experiências sexuais anteriores ou mantinha relacionamento com o acusado. Ante tais discussões, o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, no julgamento de recursos repetitivos, firmou o entendimento de que a vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos não pode ser relativizada, uma vez que o consentimento da vítima ou as experiências sexuais anteriores não tem o condão de afastar a ocorrência do crime.

Além da dignidade sexual, esse tipo penal também tutela o desenvolvimento sexual. Quem pratica qualquer das condutas descritas no preceito primário do artigo 217-A do CPB poderá receber uma pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Confira-se:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Ressalta-se que a redação dos artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro é resultado da junção do crime de atentado violento ao pudor e do crime de estupro – em sua antiga redação – o que ocorreu após a edição da Lei nº 12.015/09.

Anteriormente, a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal era tipificada sob o *nomen juris* de “atentado violento ao pudor” – no revogado artigo 214 do Código Penal – e hoje, a partir de uma continuidade típico-normativa, as condutas de praticar conjunção carnal e atos libidinosos diversos daquela estão previstas em tipos penais únicos, quais sejam, 213 e 217-A do CPB, sendo que quem pratica apenas os atos libidinosos recebe a mesma reprimenda em abstrato de quem pratica conjunção carnal. Dessa forma, não houve *abolitio criminis* quanto ao crime denominado “atentado violento ao pudor”, uma vez que a conduta de praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal continua tipificada.

Cumprir destacar que a expressão “conjunção carnal”, nas lições de Mirabete e Fabbrini (2012), refere-se à prática do coito vaginal, ou seja, a relação sexual entre homem e mulher, na qual ocorre a penetração do membro viril no órgão sexual feminino, ainda que não haja intuito de procriação.

Por outro lado, de acordo com Greco (2011, p. 615), “na expressão *outro ato libidinoso* estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente”. Dessa forma, são exemplos de “atos libidinosos diverso da conjunção carnal”: o coito anal, o sexo oral, a introdução de objetos e os contatos voluptuosos. Tais atos poderão ocorrer entre pessoas do mesmo sexo.

Para a maioria da doutrina, os artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro são tipos mistos alternativos, ou seja, ainda que o agente pratique conjunção carnal e outros atos libidinosos no mesmo contexto, responderá por crime único. Em contrapartida, existe outra corrente doutrinária, que defende que são tipos mistos cumulativos, sendo aplicadas as regras do concurso ou continuidade de crimes, ainda que as condutas sejam praticadas em um mesmo contexto.

O crime de estupro será qualificado, sendo punido com maior rigor, nos casos em que da prática das condutas descritas no *caput* desse tipo penal resultar lesão corporal de natureza grave ou morte ou, ainda, quando a vítima for menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos. O resultado “lesão corporal grave” ou “morte” também qualificará o crime denominado “estupro de vulnerável”.

Por fim, serão aplicáveis aos tipos penais em comento as disposições do artigo 226 do Código Penal Brasileiro, que prevê causas de aumento de pena quando o crime ocorrer mediante concurso de agentes ou quando o agente for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela. As causas de aumento previstas no artigo 234-A do CPB e as agravantes e atenuantes genéricas previstas na parte geral desse *Codex* também poderão ser aplicadas em tais crimes.

4 Princípio da proporcionalidade das penas

No ordenamento jurídico brasileiro, as normas podem ser classificadas em regras ou princípios, sendo que regras são normas imperativas e concretas e princípios, normas genéricas – permitindo maior abstração e se amoldando melhor diante de um caso concreto e da diversidade fática. Ademais, os princípios servem como orientadores no ordenamento jurídico e como flexibilizadores do sistema de regras.

O Direito Penal pátrio é regido por inúmeros princípios, essenciais para que tal área do Direito encontre harmonia com as demais e, principalmente, esteja em consonância com a Constituição Federal. Os princípios da Insignificância, da *Ultima ratio*, da Adequação Social, da Intervenção Mínima, da Proporcionalidade das Penas, da Culpabilidade e da Pessoalidade da Pena são exemplos de princípios aplicáveis quando da criação e da aplicação da legislação penal.

O Princípio da Proporcionalidade das Penas, oriundo do direito germânico, está consagrado na Carta Magna, ainda que de forma implícita. Da análise desse Princípio, depreende-se que as punições devem ser compatíveis, adequadas e proporcionais à

conduta praticada, analisando, sobretudo, se a punição será necessária ou se existem outros meios menos gravosos para punir o indivíduo que pratica um ilícito, uma vez que sua precípua função é defender a proibição de excessos.

O Princípio da Proporcionalidade das Penas comporta três subprincípios, sendo eles o da Adequação, que disciplina que as medidas devem ser adequadas e aptas a alcançar o fim pretendido, qual seja a proteção do bem jurídico; o da Necessidade, que orienta que o meio utilizado deve ser o menos gravoso, aquele que menos restrinja direitos fundamentais, e o subprincípio da Proporcionalidade em sentido estrito, que busca uma ponderação entre a medida adotada e suas consequências, como uma forma de avaliar se tal medida trará mais vantagens do que desvantagens.

Há muito, a proporcionalidade entre as reprimendas e os delitos era almejada, uma vez que penas desproporcionais extrapolavam a sua precípua função, sendo consideradas desnecessárias, violentas e abomináveis. É o que se depreende das lições de Gomes (2014, p. 20) ao citar Beccaria:

sonhava-se (no século XVIII) com a reconstrução da sociedade, onde imperassem outros fundamentos jurídicos e filosóficos, que se orientaram para a autonomia do indivíduo assim como para a lógica do pacto social. Beccaria, na última página do seu livro, disse (capítulo XLVII): *“Para que toda pena não seja violência de um ou de muitos contra um particular cidadão, deve essencialmente ser pública, pronta, necessária, a mais branda das possíveis nas circunstâncias atuais, proporcionais aos delitos e ditadas pelas leis”*.

Cumprе ressaltar que o Princípio da Proporcionalidade das Penas serve não só ao aplicador do direito, no momento da dosimetria da pena – principalmente quando da análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, mas também ao legislador quando da criação do tipo penal – momento em que deverá obedecer a proporcionalidade em abstrato. Dessa forma, constitui uma obrigação dos citados personagens a observância desse princípio como forma de evitar punições desarrazoáveis, atentatórias contra a dignidade humana e, principalmente, não condizentes com a finalidade das penas. Nesse sentido,

o campo de abrangência, e por que não dizer de influência do princípio da proporcionalidade, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge inclusive o exercício imoderado de poder, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é *função privativa* do Parlamento. Na verdade, a evolução dos tempos, tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo “do poder de fazer leis *ad hocs*”, revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o vício de inconstitucionalidade. (BITENCOURT, 2015, s.p.)

Ademais, o legislador deve buscar a proporcionalidade entre os diversos tipos penais, de acordo com a organização sistêmica do ordenamento jurídico.

Destarte, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade das Penas no Direito Penal é essencial para que exista a proteção tanto dos interesses do ofendido e do bem jurídico tutelado, quanto dos direitos do ofensor. Buscando, assim, a proibição de excesso na punição, de forma que a pena guarde proporção com a gravidade da conduta ilícita e com a lesão ao bem jurídico tutelado, evitando que condutas diversas sejam punidas com o mesmo rigor.

5 Divergências doutrinárias

Com o advento da Lei 12.015/09, surgiram questionamentos quanto à punição dos atos libidinosos diversos da conjunção carnal, previstos nos artigos 213 e 217-A ambos do Código Penal Brasileiro.

Ao analisar os citados artigos sob a ótica do Princípio da Proporcionalidade das Penas, a doutrina diverge quanto à aplicação prática, bem como quanto à delimitação das condutas que podem ser consideradas “atos libidinosos diversos da conjunção carnal”.

A dúvida quanto à proporcionalidade da pena mínima cominada ocorre quando da prática de atos libidinosos considerados de menor gravidade, se comparados com a conjunção carnal, que, em tese, receberão a mesma reprimenda em abstrato.

Diante desse cenário, é necessário trazer à baila os principais entendimentos adotados pelos estudiosos do Direito.

Uma primeira corrente doutrinária, adepta da legalidade estrita, entende ser proporcional, constitucional e aplicável a pena mínima cominada ao crime de estupro, bem como ao crime de estupro de vulnerável, ainda quando os atos libidinosos tratem-se apenas de beijos lascivos ou contatos voluptuosos, considerando, principalmente, que os crimes que atentam contra a dignidade sexual devem ser punidos com maior rigor, não havendo que se falar em atipicidade por ofensa ao Princípio da Proporcionalidade das Penas. Nesse sentido,

de acordo com nosso entendimento, ainda que o delito comporte grande variedade em seu meio executório, podendo variar de um beijo lascivo até o coito anal, configura a hipótese prevista atualmente no art. 213 do CP, não há falar em atipicidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que se trata de critério discricionário do legislador, ditado pela política criminal de reprimir com maior intensidade delitos sexuais violentos. Não se manifesta aqui, em nosso entender, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana; ao contrário, é precisamente esse princípio que se defende ao punir-se com maior severidade tais modalidades de manifestações ou taras. (CAPEZ, 2015, p. 29)

Dessa forma, os estudiosos que defendem tal posicionamento consideram como atos libidinosos não só aqueles de gravidade semelhante à conjunção carnal, mas qualquer ato capaz de satisfazer a lascívia do agente, uma vez que o legislador não tratou tais condutas de modo desigual, o que é uma discricionariedade do mesmo.

Tal posicionamento é adotado também por Damásio de Jesus (2013), que considera o beijo lascivo e os contatos voluptuosos como suficientes para caracterizar o crime de estupro, ainda que o ofendido não esteja despido.

Embora alguns adeptos dessa vertente reconheçam a menor gravidade de determinados atos libidinosos – como um beliscão – os quais, em alguns casos, não caracterizariam o crime de estupro ou de estupro de vulnerável, tal entendimento trata-se de uma exceção, uma vez que, de maneira geral, os mesmos defendem que os beijos, abraços e toques em partes pudicas configuram o crime. Confira-se:

nem todos os atos atentatórios ao pudor caracterizam a prática do crime em estudo. Não o configuram, certamente, um beliscão, um ato obsceno em que a vítima não é tocada, as meras expressões verbais etc., caracterizando essas condutas a importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP). Embora já se tenha decidido pela contravenção na conduta daquele que, no interior de um cinema, passa as mãos na perna da vítima, ou tenta beijar e apalpar os seios e o órgão genital da ofendida durante alguns segundos, esses fatos já foram considerados atos libidinosos, configurando-se o crime. Inegavelmente, também são criminosos o tateio das nádegas, o ato de quem, com as mãos procura alcançar as partes pudicas das vítimas, conseguindo tocar em seus seios e nas coxas, os beijos e abraços. (MIRABETE; FABBRINI, 2012, p. 401)

Destaque-se que a menor gravidade de um beijo lascivo em comparação ao coito anal é reconhecida por Prado (2010), em sua obra, entretanto esse mesmo autor defende que ainda assim restará configurado o crime de estupro, sendo a distinção aferida no momento da dosimetria da pena.

Destarte, para essa corrente os atos libidinosos, ainda que de menor gravidade, devem ser punidos de acordo com o disciplinado pelo legislador, uma vez que o maior rigor da punição se justifica pelo bem jurídico tutelado.

Contrários ao entendimento alhures e não se contentando com a literalidade da lei, outra corrente doutrinária argumenta que a punição de determinados atos libidinosos como “estupro” ou “estupro de vulnerável” é desproporcional e, por isso, tais atos não poderão ser equiparados à prática de conjunção carnal para fins de penalização.

Os estudiosos dessa corrente, a exemplo de Greco (2011), defendem que os atos devem possuir alguma relevância, sob pena de punir-se o agente de forma desproporcional, aplicando-lhe a mesma pena de um homicida.

Ademais, conforme exposto alhures, a desproporção entre as penas previstas para tipos penais que tutelam bens jurídicos diversos dentro de um mesmo ordenamento jurídico vai de encontro ao estipulado pelo Princípio da Proporcionalidade das Penas, o qual deverá ser observado também pelo legislador.

Como uma forma de buscar soluções para o cotidiano, a doutrina que defende a desproporcionalidade da sanção mínima cominada aos citados crimes tem apresentado diversos posicionamentos.

Para alguns, o aplicador do direito deverá valer-se da interpretação restritiva quando da análise dos tipos penais previstos no artigo 213 e 217-A, do Código Penal Brasileiro, uma vez que o legislador, ao descrever “outros atos libidinosos”, empregou

a técnica da interpretação analógica de forma que os “outros atos libidinosos” devem ter gravidade semelhante à conjunção carnal, restando os demais afastados dessa tipificação. É o que se depreende do seguinte trecho:

como argumento de reforço à interpretação restritiva da expressão “ato libidinoso” para fins de configuração do estupro, acrescentamos outro argumento: partindo da premissa que a lei não usa palavras inúteis, é necessário esforço interpretativo para entender por que a lei utiliza a expressão “conjunção carnal” “ou outro ato libidinoso”, já que a conjunção carnal é, em si, ato libidinoso, e a redundância seria desnecessária. A melhor justificativa é que se trata de interpretação analógica, ou seja, após a enumeração casuística “conjunção carnal” segue-se a cláusula genérica “ato libidinoso”, cuja interpretação deve ser restritivamente, para abranger apenas atos com intensidade semelhante à conjunção carnal, quedando afastadas importunações menores. (JUNQUEIRA, 2010, p. 308-309)

Tendo em vista a diferença no desvalor da ação, outros doutrinadores entendem que o ideal seria a desclassificação da conduta para uma contravenção penal ou para o crime de ato obsceno. *In verbis*:

com efeito, a diferença do desvalor da ação que há no sexo anal e oral (e suas variáveis), praticados com violência, e nos demais atos libidinosos, menos graves, é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) pode ser considerada razoável, o mesmo não ocorre com os demais atos, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram às raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorrem em lugar público ou acessível ao público, devem ser desclassificados para a contravenção penal do art. 61 (Lei das Contravenções Penais), ou então a prática de ato obsceno (art. 233 do CP). Caso contrário, deve-se declarar sua inconstitucionalidade por violar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico (BITENCOURT, 2015, s.p.).

Quanto à desclassificação para as contravenções penais previstas nos artigos 61 e 65 da Lei das Contravenções Penais, cumpre destacar que as elementares de tais tipos devem ser preenchidas para que tal fato ocorra.

A contravenção de importunação ofensiva ao pudor está prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais, o qual traz em seu preceito primário o seguinte texto: “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor”. Depreende-se da redação do citado artigo de lei que, para que a contravenção penal reste caracterizada, é necessário que os atos ofensivos ao pudor ocorram em local público ou acessível ao público, sendo que quem pratica tal ilícito receberá uma pena de multa.

Disciplinada no mesmo diploma legal, a contravenção de perturbação da tranquilidade prevê punição para o agente que molesta alguém ou perturba-lhe a tranquilidade. A principal diferença com relação à contravenção prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais é que, na contravenção em comento, não há a exigência de que os fatos ocorram em local público ou acessível ao público. Confira-se:

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Ainda nesse sentido, os adeptos desse posicionamento argumentam que, quando a prática do ato libidinoso não contemplar nenhuma hipótese prevista em outro tipo penal ou nas contravenções correlacionadas alhures, a inconstitucionalidade seria patente ante a desobediência ao Princípio da Proporcionalidade das Penas e a outros princípios do Direito Penal.

Por outro lado, Nucci (2012) defende que, embora em determinados casos a prática do ato libidinoso comporte tipificação no cenário das contravenções, em outras situações o ideal seria a existência de uma figura intermediária entre o crime e a contravenção, como um estupro privilegiado, com punição menor e não previsão no rol dos crimes hediondos.

Portanto, para essa corrente doutrinária, ainda que os adeptos tenham fundamentos e soluções diferentes, a desproporcionalidade da pena mínima cominada aos crimes de estupro e estupro de vulnerável é evidente e a punição como prevista na lei não deve ser adotada.

6 Divergências jurisprudenciais

Embora os entendimentos doutrinários sejam de suma importância para a formação do Direito, é no campo das jurisprudências que se pode vislumbrar a aplicação prática do mesmo, bem como os entendimentos adotados pelos operadores de tal ciência.

Ante o exposto, é de rigor a exposição dos entendimentos sustentados no bojo das decisões judiciais.

6.1 Tribunais de Justiça

Os Tribunais de Justiça julgam suas causas originárias e os recursos interpostos contra as decisões de Juízes de Primeira Instância por força do Duplo Grau de Jurisdição. Nesses Tribunais, as decisões, em regra, são colegiadas, sendo denominadas de acórdãos.

Da análise dos acórdãos proferidos pelas Câmaras Criminais desses órgãos colegiados nas ações penais que versam sobre os crimes de estupro e estupro de vulnerável, percebe-se que há divergências quanto ao entendimento acerca da proporcionalidade das penas, assim como na doutrina.

Tendo em vista a previsão legal, alguns Tribunais, a exemplo do Tribunal de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal nº 2014.061049-5, entendem que, havendo a subsunção ao tipo legal, não há que se falar em atipicidade, desclassificação ou aplicação do Princípio da Proporcionalidade. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também adota tal posicionamento.

Ainda nesse sentido, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, foi proferida decisão no julgamento da Apelação Criminal nº 2012.062174-6, na qual o Ministro Relator afirma não ser admitida a tese de inconstitucionalidade da pena mínima cominada ao crime de estupro de vulnerável ante a ofensa ao Princípio da Proporcionalidade, uma vez que tal pena decorre do estabelecimento de regras pelo Poder Legislativo, não cabendo à Câmara Criminal realizar o controle de constitucionalidade.

Em sentido contrário e acompanhando parte da doutrina, outros Tribunais de Justiça, como o do Mato Grosso do Sul e de Goiás, diante de atos libidinosos de menor gravidade, têm aplicado a interpretação restritiva e considerado o Princípio da Proporcionalidade das Penas para desclassificar tais condutas para as contravenções penais previstas nos artigos 61 e 65, ambos da Lei das Contravenções Penais.

Por fim, alguns Tribunais de Justiça, como o do Rio de Janeiro e o do Rio Grande do Sul, não têm admitido, em alguns casos, a desclassificação para as citadas contravenções, entretanto inovam ao reconhecer a forma tentada do delito, ainda que o crime reste consumado, em observância ao Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Nesse sentido, é a ementa do seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. TENTATIVA CONFIGURADA. HIPÓTESE DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. PENA ADEQUADAMENTE FIXADA. DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. [...] Situação em que o acusado, valendo-se do fato de a pequena vítima, sua filha, dormir na mesma cama que ele, enquanto a genitora exercia trabalho noturno, deu início à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, manipulando a genitália da menina, na época com 06 anos de idade. Comprovadas a autoria e a materialidade delitiva, impunha-se a condenação. DA TENTATIVA. Em que pese reprováveis, os atos praticados pelo réu não caracterizaram condutas invasivas englobadas pelo art. 217-A do Código Penal (conjunção carnal, cópula anal, sexo oral, etc.), limitando-se a contatos manuais e por cima da roupa que a criança vestia, impondo o reconhecimento da tentativa, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes desta Corte [...].

(TJRS, Apelação Crime Nº 70064900285, Quinta Câmara Criminal, Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho, julgado em 19/08/2015, DJe 02/09/2015)

Ante o exposto, é possível vislumbrar, nesses órgãos colegiados, os posicionamentos e argumentos diversos no que tange a proporcionalidade das penas previstas para os crimes em comento.

6.2 Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça julga suas causas originárias bem como os recursos ordinários e especiais, sendo a última instância quando se trata de normas infraconstitucionais.

Quanto à prática dos atos libidinosos diversos da conjunção carnal e à análise da proporcionalidade da punição destes, as decisões do Superior Tribunal de Justiça são reiteradas no sentido de considerar qualquer ato com cunho sexual passível de ser punido nas iras dos artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro, tendo o posicionamento de que beijos lascivos e contatos voluptuosos configuram o crime de estupro. Nesse aspecto:

PENAL. CRIME DE ESTUPRO. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. REFORMA TRAZIDA PELA LEI N. 12.015/2009. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO.

1. A reforma trazida pela Lei n. 12.015/2009 unificou em um único tipo penal as condutas anteriormente previstas nos arts. 213 e 214 do Código Penal, constituindo, hoje, um só crime constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, “inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima” (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013).

3. No caso, não há que se falar em tentativa, porquanto o contato físico do acusado com a vítima, consistente em beijá-la na boca, passar as mãos nas nádegas e seios a fim de satisfazer a sua lascívia, é suficiente para caracterizar o delito descrito no art. 213 do CP.

4. Recurso especial provido para, reconhecida a consumação do delito previsto no art. 213 do Código Penal, fixar a pena do recorrido em 7 anos, 4 meses e 20 dias, mantido o regime fechado.

(STJ, REsp 1470165/MG, Relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta turma, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015)

Também é considerada inconcebível para essa Corte a possibilidade de aplicação da tentativa, como forma de amenizar e adequar à punição, o que pode ser vislumbrado no julgamento do Recurso Especial nº 1313369/RS, no qual o citado órgão colegiado entendeu ser inadmissível que o julgador, utilizando-se dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, reconheça a forma tentada do delito, alegando a menor gravidade da conduta, pois estaria agindo de forma manifestamente contrária à lei.

Destarte, o STJ não admite também as teses que entendem que atos libidinosos de menor gravidade serão atípicos em face da desproporcionalidade ou desclassificados para contravenções penais, uma vez que defende ser aplicável o regramento previsto nos artigos 213 e 217-A do CPB ao agente que pratica qualquer ato libidinoso, ainda que de menor gravidade.

7 Projeto de Lei do Senado nº 236/2012

Atualmente, está em tramitação o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, no qual se discute a criação de um Novo Código Penal, tendo como principais objetivos a alteração e a inclusão de diversos tipos penais, bem como a unificação de todas as leis esparsas que versam sobre crimes.

O PLS nº 236/2012 tramita no Senado Federal desde junho de 2012, quando foi finalizado pela Comissão de Juristas selecionada para sua elaboração. Destaque-se que a redação original do PLS nº 236/2012 foi alterada na citada Casa Legislativa por meio de um Substitutivo e, atualmente, está na respectiva Comissão de Constituição e Justiça.

Quanto aos crimes contra a dignidade sexual, o Projeto de Lei inova ao dispor que será considerado estupro o constrangimento à prática de sexo vaginal, anal ou oral, propondo a inclusão de um tipo específico para a manipulação ou a introdução sexual de objetos, o qual receberá a mesma reprimenda do crime de estupro, qual seja seis a dez anos.

No que tange à prática de atos libidinosos, há previsão de um tipo penal denominado molestamento sexual, que prevê punição para a prática de atos libidinosos diversos da prática sexual vaginal, anal e oral, sendo que as penas serão de três a seis anos no caso de ocorrer mediante violência ou grave ameaça e de dois a três anos, na ausência destas.

Quanto aos vulneráveis, também há previsão de um tipo penal específico, denominado molestamento sexual de vulnerável, sendo que quem pratica as condutas descritas no tipo penal poderá receber uma pena de quatro a oito anos.

As penas citadas eram mais brandas na redação original do Projeto de Lei, entretanto foram redimensionadas por ocasião do Substitutivo.

Destaque-se que a tramitação do Projeto de Lei não tem sido célere e muitos doutrinadores entendem que sua redação não é apropriada e tem natureza punitivista, o que caracterizaria um retrocesso para o Direito Penal Pátrio. Entretanto, tal projeto ainda passará pelo crivo da Câmara dos Deputados e poderá sofrer diversas alterações até que seja sancionado.

8 Considerações finais

Ao término do presente trabalho de conclusão de curso e diante da análise das penas mínimas cominadas aos crimes previstos nos artigos 213 e 217-A do Código Penal Brasileiro, vislumbra-se a existência de posicionamentos divergentes no que tange à proporcionalidade da reprimenda prevista para os citados tipos penais, principalmente quanto aos atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Sem embargo dos valorosos argumentos expedidos pelos estudiosos que defendem a proporcionalidade e aplicabilidade da pena mínima, ainda quando os atos libidinosos diversos da conjunção carnal forem considerados de menor gravidade, não se pode olvidar do disciplinado pelo Princípio da Proporcionalidade das Penas e dos direitos constitucionalmente garantidos ao Acusado.

A necessidade da observância do citado princípio e de seus subprincípios no momento da criação e aplicação do tipo penal é patente, vez que a punição deverá ser adequada e a pena aplicada não poderá trazer restrições além das necessárias, de forma a evitar que a reprimenda atinja brutalmente a dignidade humana do ofensor.

Dessa forma, a pena mínima prevista para os crimes em comento não está em consonância com o Princípio da Proporcionalidade das Penas, uma vez que, quando da prática de alguns atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como beijos lascivos e contatos voluptuosos, não haveria necessidade de uma pena tão elevada, que se iguala àquela prevista para o agente que pratica conjunção carnal ou assassinato.

Nesse cenário, a criação de um tipo penal específico para atos libidinosos de menor gravidade, com previsão de uma pena que permita maior abstração ao magistrado no caso concreto e diante da diversidade fática é o ideal. Destaque-se que, no Projeto de Lei que pretende dar ensejo a um Novo Código Penal, há a proposta da criação de um tipo penal diverso, com pena mínima menor, quando ocorrerem atos libidinosos diversos do sexo vaginal, anal ou oral. Entretanto, por tratar-se de uma grande reforma, o lapso temporal que transcorrerá até a possível sanção e vigência de tal legislação será considerável e, durante esse período, os magistrados ficariam adstritos às penas previstas atualmente.

Destarte, enquanto não houver uma reforma com reprimendas adequadas para os atos libidinosos de menor gravidade, caberá ao magistrado, no caso concreto, identificar a melhor forma de se aplicar o Direito, de forma que sejam tutelados os direitos do ofendido e que sejam atendidas as diretrizes estabelecidas pelo Princípio da Proporcionalidade das Penas e pela Constituição Federal.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial: Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 4 v. Disponível em: <<http://161724.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/161724>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

_____. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1 v. Disponível em: <<http://161723.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/161723>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2015.

_____. Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941. *Lei das Contravenções Penais*. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3688.htm>. Acesso em: 23 ago. 2015.

_____. Senado Federal. Sobre o Projeto de Lei do Senado nº. 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, e proposições anexadas. *Parecer nº. 1.576 de 2013*. Relator: Pedro Taques. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

_____. Senado Federal. *Projeto de lei nº. 236, de 09 de julho de 2012*. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em 20 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1313369/RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. M A R. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 25 de junho de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 05 ago. 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/init>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1470165/MG. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. J A S. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 04 ago. 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/init>>. Acesso em: 05 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2014.061049-5. J A de S. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator Desembargador Roberto Lucas Pacheco. Florianópolis, SC, 23 de outubro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*. Florianópolis, 05 nov. 2014. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/consultadje/consulta.action> >. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2012.062174-6. C R G. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator Desembargador Jorge Schaefer Martins. Florianópolis, SC, 29 de novembro de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*. Florianópolis, 06 dez. 2012. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/consultadje/consulta.action> >. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70064900285. G S M. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, RS, 19 de agosto de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. Porto Alegre, 02 set. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=dj>>. Acesso em: 10 set. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*: arts. 213 a 359-H. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 3 v. Disponível em: <<http://161732.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/161732>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Beccaria (250 anos): E o drama do castigo penal: Civilização ou barbárie?* São Paulo: Saraiva, 2014. 352 p.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. 1098 p.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: Parte Especial. Dos crimes contra a propriedade intelectual a dos crimes contra a paz pública*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 371 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 2 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 222 p.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 2 v.